

NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PENAL. DESCRIMINALIZAÇÃO E INCRIMINALIZAÇÃO

(Palestra proferida em fevereiro de 1997, por ocasião de Seminário, na Seção Judiciária da Bahia).

Aloísio Palmeira Lima^(*)

1. Introdução

A decisão de expor idéias acerca das novas tendências do Direito Penal, no campo da incriminalização e da descriminalização, revela ousadia do palestrante. Pela sua amplitude e complexidade, o tema comporta exposição de inegável penetração científica, bem apropriada aos doutos e especialistas no estudo do fenômeno criminal. Animou-me, todavia, o desejo de transmitir, em resumo, o ideário desenvolvido pelo atual movimento renovador do Direito Penal, bem como reflexões próprias decorrentes da minha experiência de dezessete anos de atividades judicantes na 1ª Vara da Justiça Federal na Bahia.

Discorrer sobre processos de incriminalização e descriminalização é examinar questões fascinantes e, ao mesmo tempo, angustiantes não só de Política Criminal, como de Criminologia, ambas ciências paralelas ao Direito Penal. Para alguns, como *Rimenez de Assua* e, entre nós, Nelson Hungria, Política Criminal é arte e, para outros, ciência. Quer seja arte ou ciência, está sempre à frente do Direito Penal, assume posição de vanguarda para determinar os meios de que se deve valer o Estado para combater a criminalidade, definir os fatos sociais que merecem qualificação de crime e indicar, por investigação axiológica, reformas oportunas no direito positivo, a fim de atualizá-lo e adequá-lo à luta contra o crime. É tarefa da Criminologia, como sabemos, estudar com profundidade as causas do fenômeno criminoso, endógenas e exógenas, tanto as concernentes ao indivíduo, nas suas diversas formas de comportamento, de que se ocupa a Biologia ou Antropologia Criminal, como as causas decorrentes do meio social em que ele vive, sujeito a fatores e

(*) Juiz do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.



influências as mais variadas, explicáveis pela Sociologia Criminal. A fonte principal desses estudos foram as correntes doutrinárias que se formaram a partir da Escola Clássica até chegar às novas idéias das Escolas Ecléticas e dos modernos movimentos de reforma encetados na Europa, todos eles voltados para explicar o delito, o delinquente, os fatores criminógenos, o livre arbítrio, a par da definição de responsabilidade penal e da natureza da pena, as quais tiveram inevitável reflexo nas legislações do mundo civilizado.

2. Reforma do Código Penal Brasileiro

Essas observações preliminares vêm a propósito das reformas levadas a efeito, a partir de 1940, na legislação penal brasileira. O Código de então e ainda em vigor baseou-se nas idéias de conteúdo positivista, ao adotar o dualismo culpabilidade — pena e perigosidade criminal — medida de segurança, mas avançou para considerar, em alguns pontos, a personalidade do criminoso. Na Reforma de 1984, modificou-se a parte geral, que aboliu as medidas de segurança e ampliou o princípio da culpabilidade nos crimes de resultado, submetidos no Código anterior à responsabilidade objetiva. Distinguiu, no concurso de pessoas, a autoria da participação. Ao traçar diretrizes, no art. 59, para fixação da pena-base, recomenda ao juiz levar em conta o comportamento da vítima, que, segundo a Exposição de Motivos, “é erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação de estímulos à conduta criminosa, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes.”

O movimento de reforma das leis penais no Brasil é muito lento. Se, por um lado, tem a vantagem de consolidar a *ratio legis* como produto da consciência social, por outro, abre larga margem, no vazio legislativo, para o crescimento de novas formas de criminalidade. E com muita cautela que o legislador acompanha o surgimento de fatos resultantes do progresso industrial e tecnológico ou de mudanças de valores sociais e políticos, os quais ora configuram novos fatos puníveis, ora modificam figuras típicas já ultrapassadas, em que a ofensa ou ameaça a bem ou interesse jurídico era fundamental para a coesão social.

São significativas algumas inovações legislativas no campo da macrocriminalidade, para agravar penas ou tipificar fatos puníveis, a exemplo do narcotráfico com especial relevo para o crime organizado, crimes do colarinho branco ou praticados contra a ordem tributária e a ordem econômico-financeira e relações de consumo. Deu-se especial atenção a crimes que provocam clamor público ou maior carga de lesividade contra a pessoa (homicídio em atividade típica de extermínio e homicídio qualificado), contra o patrimônio (latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada), contra os costumes (estupro, violento ou não, e atentado ao pudor, com violência ou não), contra a incolumidade pública (epidemia com resultado morte), contra a humanidade (genocídio), contra a segurança nacional (terrorismo) e crime de tortura, todos eles considerados hediondos. Leis esparsas vieram submeter à tutela penal bens de inestimável valor jurídico, com a incriminalização de fatos lesivos ao meio ambiente,

com o uso indevido de agrotóxico, atividades nucleares, caça, pesca, poluição e contravenções florestais, condutas relativas à defesa do consumidor, à economia popular, aos menores, à propriedade intelectual sobre programas de computador, bem como o preconceito de raça ou de cor.

3. Criminalização. Métodos. Características

A meu ver, os processos de criminalização, isto é, a conversão de um fato reprovável em lei, decorrem de três fatores:

- a) como fruto da consciência social e do senso moral comum de reprovabilidade de conduta;
- b) como medida de Política Criminal oposta a determinadas normas de cultura ou sociais;
- c) como medida de imposição do Estado ou de regime de exceção.

Na primeira hipótese, a consciência social torna-se decisiva, expressa nos debates pela imprensa, nos simpósios de Direito e, finalmente, nos órgãos legislativos, com amplo exercício de opinião democrática. É o primeiro passo para a criação da norma jurídica. Na segunda hipótese, que parece sugerir conflito entre o poder que edita a norma e a consciência coletiva acerca de sua necessidade, a divergência situa-se entre determinado grupo social e o Estado, que, a pretexto de interpretar os sentimentos da maioria em defesa de um interesse juridicamente relevante, relacionado, por exemplo, com a economia popular, a ecologia, a caça e a pesca, edita a regra sancionadora, que é recebida com restrição pelos seus destinatários, em minoria. Tornou-se muito conhecida a reação dos habitantes do meio rural nos sertões nordestinos, habituados à caça de aves e animais silvestres, como costume secular, contra a lei que comina pena de prisão, sem direito à fiança, ao caçador que atua sem licença da autoridade administrativa. Não obstante a objetividade jurídica da norma consistir na preservação da espécie, seu sentido e alcance espelham valores que se chocam com outra cultura social. Quanto à terceira hipótese, o impulso da consciência coletiva é substituído pela vontade soberana de detentores do poder, ao submeter ao direito sancionador fatos e situações emergentes de ruptura da normalidade constitucional, na tentativa de estabelecer nova ordem jurídica, restritiva de direitos da cidadania e do pluralismo político, a fim de legitimar regimes totalitários ou governos de exceção.

Dentro da nova tendência de incriminalização, assinalam-se duas características:

- a) agravamento de penas para crimes praticados com violência real ou potencial, constitutivos da chamada criminalidade violenta, a exemplo da extorsão mediante seqüestro;
- b) majoração de penas para crimes cometidos com vultosos danos patrimoniais, mediante meios fraudulentos, integrantes de nova categoria

de “crimes de ação astuciosa”, que abrangem os grandes golpes financeiros e econômicos, crimes do colarinho branco e delitos contra a Administração Pública;

c) aumento de penas para o narcotráfico e na sua forma organizada.

4. Perspectivas de incriminalização

Além dessas novas modalidades, apareceram, com o descobrimento de novas técnicas, formas de atividades nocivas à sociedade, como as fraudes informáticas, que utilizam sistemas de processamento ou comunicação de dados. Dessa questão tratou colóquio preparatório do XV Congresso Internacional de Direito Penal sobre *computer crime* e outros crimes relacionados com a tecnologia de informação. Todas as manipulações indevidas que eram de supor poderem subsumir-se no estelionato, em face do traço de objetividade comum, consistente na fraude, têm características próprias, porque a contrafação se opera com o sistema de segurança da máquina, sem envolvimento, portanto, de pessoa enganada ou mantida em erro. Propôs-se também naquele colóquio a proteção penal da segurança e higiene do trabalho. A proposta encontrou simpatizantes brasileiros, por considerar que os acidentes do trabalho estão entre as principais causas de morte no Brasil, tanto mais que, por mandamento constitucional, o trabalho representa o principal valor da ordem econômica (CF, art. 170). Recomenda-se, também, a incriminalização das fraudes cambiais, em razão das crises monetárias nacionais e internacionais que atingem países como o Brasil, possuidor de tecnologia incipiente e periférica. Apesar da relativa estabilidade monetária, carente de acumulação de capitais, a economia brasileira, emergente de altos índices de inflação, como demonstra o Professor João Marcelo de Araújo em trabalho publicado na *Revista de Justiça Penal* sobre o crime organizado, poderá ser abalada, não só pela remessa clandestina de divisas, que esvazia a poupança interna, como pela aplicação da moeda estrangeira, lícitamente adquirida, em fim diverso daquele para o qual se concedeu autorização de compra, e pela atividade perniciosa dos operadores de câmbio negro, com atuação dos conhecidos doleiros. São operações que, numa economia de mercado, como a nossa, provocam desequilíbrio da balança comercial e, pela forte conotação da usura pecuniária, merecem tipificação, além da contida na lei da economia popular.

Em síntese, são novas manifestações de criminalidade tecnológica e de criminalidade econômica. Essa também abrange agressões ilícitas à saúde (falsificação de medicamentos, uso experimental de produtos farmacológicos e de técnicas cirúrgicas), fora do sistema punitivo e cujos malefícios exigem esforços de revisão para que o Direito Penal atenda aos interesses nacionais e às necessidades do homem. Vale, contudo, a advertência, tantas vezes repetida, de que o ato de punir, sem que a pena represente meio de reingresso na sociedade, é ato falho por não produzir a eficácia desejada. Punir simplesmente é castigar, e castigo e recuperação não se compatibilizam. A esse respeito, é oportuna a observação de Zaffaroni: “quanto mais sejam os conflitos que uma sociedade atribua para seu sistema penal, maior

será a incapacidade para resolvê-los, ao mesmo tempo em que revelará seu grau de desintegração comunitária” (Informe do Comitê Europeu, 1980). É por isso que o Prof. *Raul Cervini*, penalista uruguaio de renome internacional, assevera: “a infração penal constitui, sem dúvida, o mais claro indicador dessa desintegração comunitária e do enfraquecimento dos vínculos de solidariedade entre os homens”.

As tendências do pensamento criminal moderno ressaltam, em primeiro lugar, a descrença no atual sistema repressivo, por sua eficácia reduzida como instrumento do controle social e pelo elevado custo de sua execução, de tal sorte que continua sendo a *ultima ratio* do sistema de defesa da sociedade, como salienta Marino Barbeiro Santos, em *La Défense Sociale treube erus aprex*. Em segundo lugar, põem em relevo a falta de confiança no efeito ressocializador da pena, enquanto permanecer afastado do processo de diálogo a que alude Renê Aoriel Dotti, em seu excelente trabalho *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. Em terceiro lugar, assinalam que “as investigações atuais e dados estatísticos revelam a inutilidade dos movimentos de lei e de ordem, que preconizam a intimidação exercida através da ameaça penal violenta, na qual aparecem como carro-chefe as penas privativas da liberdade de longa duração”. Creio firmemente que reformas profundas no sistema punitivo modifiquem essa visão desalentadora.

5. Descriminalização. Intervenção mínima

No processo renovador do Direito Penal, o tema da descriminalização é o que mais tem preocupado os especialistas das ciências penais, penitenciárias e criminológicas em todo o mundo. Na opinião desses estudiosos, está comprovado hoje o fracasso da prisão como método penal. Sustentam que tal remédio opressivo e violento, que acarreta conseqüências danosas à personalidade, só deve ser aplicado, como último recurso, aos reconhecidamente perigosos. Esse movimento, iniciado em 1973, provoca, hoje, debates sobre os problemas fundamentais da Criminologia e aspectos da dogmática penal, e levou a ONU a realizar, em 1975, o 5º Congresso sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, no qual se discutiu amplamente a questão. Os adeptos dessa nova tendência lembram que, desde o Renascimento e o Humanismo, começou-se a preconizar a redução das penas e, bem antes dos iluministas, dos revolucionários e das transformações operadas no século XVIII, defensores do jusnaturalismo clássico já postulavam a exclusão da responsabilidade criminal para os pecados e contravenções muito leves. Voltado para a abertura do universo a todos os seres e à solidariedade com todos, o individualismo apregou, a par do liberalismo (não econômico), idéias de um Direito Penal Mínimo. Seria, portanto, a descriminalização um processo irreversível, tendente a não abolir o Direito Penal, mas minimizar a “epidemia penalizadora” com fundamento em princípios resumidos na denominação de *intervenção mínima*. Seu substrato ideológico repousa nos seguintes postulados: a) devem ser retiradas das leis penais infrações que, de acordo com os costumes de nosso tempo, não mais se justificam como crimes; b) despenalizadas condutas de menor gravidade ou ofensas a regras

de convívio social; c) suprimida a jurisdição penal para questões cuja solução ficaria mais bem situada na esfera civil ou administrativa. A prisão seria destinada aos crimes mais graves, àqueles cujo potencial lesivo atinge mais fundamentalmente a coesão social. Para o Professor *Raul Cervini*, “a idéia do tratamento ressocializador está muito longe de alcançar sua meta teórica”, em face dos efeitos deletérios do sistema penitenciário. Atribuir à execução das penas privativas da liberdade a função primordial de corrigir e educar o delinquente, é esperar que a pena, “saída das mãos do juiz para a equipe encarregada da ressocialização, que deve cuidar do indivíduo cuja conduta demonstrou inadaptação social, faça com que ambos, ressocializante e indivíduo a ser ressocializado, compartilhem os mesmos objetivos das normas sociais de convivência”.

6. *Ideal ressocializador*

Segundo o mestre uruguaio, erguem-se vozes em todos os lugares contra a ideologia do tratamento ressocializador. “Fala-se do ‘mito da ressocialização’ como uma ‘utopia’ ou um ‘eufemismo’, ilusão enganosa, financeiramente irrealizável em todo o mundo, sendo, apenas, excepcionalmente possível em alguns poucos países e cidades. Mesmo nos países nórdicos que procuraram seriamente colocar em prática o sistema, investindo milhões de dólares para criar instituições aptas a realizar a terapia, como fez a Suécia após a aprovação de seu Código dos anos 60, as expectativas não foram satisfeitas por diferentes razões.” E adverte que “os contestadores desse tratamento acabam inexoravelmente ressaltando a falta de idoneidade intrínseca do meio empregado para levá-lo adiante: os estabelecimentos carcerários”.

Não concordo com a absoluta descrença do ilustre mestre uruguaio. Não obstante os efeitos contraproducentes do atual sistema penitenciário, de cujos males temos conhecimento, entre nós, a Lei de Execução Penal em vigor busca alcançar a grande meta da ressocialização, genericamente considerada como dever do Estado de prestar assistência ao preso e ao internado para orientar o retorno à convivência em sociedade (art. 10). Assim, as medidas de assistência que deverão ser material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa (art. 11), delineadas com bastante clareza, criam uma forma de assistencialismo com finalidade regeneradora. Ao Poder Público, destinatário dessas normas, resta tornar concreta, no plano da realização administrativa, essa programação de fundamental importância para o tratamento ressocializador. O descrédito alimentado pelos opositores do ideal ressocializador parte da suposição de ser praticamente impossível educar para a liberdade em condições de não liberdade. As razões que eles alinham estão longamente expostas em trabalho do Professor *Cervini*, as quais acentuam, em síntese: a) classificação dos internos, supostamente dirigida para fins de ressocialização, é estigmatizadora e marginalizadora, e visa, em verdade, a questões de controle e vigilância; b) a vida carcerária provoca modificações da personalidade, com seqüelas psíquicas irreversíveis ou temporárias, que reduzem a possibilidade de ressocialização durante o cumprimento da pena; c) o processo de isolamento e o manejo irracional

das rotinas provocam reações que se manifestam de forma dramática, como evasões, motins, ataque ao pessoal, e gera sérios problemas de adaptação para o egresso, que se sente como pessoa diferenciada, com efeitos danosos para sua família, a exemplo do abandono dos filhos; d) a pecha de presidiário, que acompanha o egresso, fecha-lhe os caminhos para o trabalho honesto; e) a transferência de pena que ocorre para os membros da família, com a rejeição manifestada pelo grupo social, em face da má reputação de um deles; f) ausência de instalações adequadas e de pessoal habilitado para realizar um mínimo de tratamento eficaz contraria o objetivo e esforço científico de conseguir, pela ação e resultado, o efeito ressocializador. A severidade da crítica contra o sistema penitenciário dirige-se também à falta de consciência na opinião pública, nos representantes do Parlamento e no Poder Executivo de que os presídios devem ser melhorados, pois a reforma é tão importante quanto a construção de hospitais e escolas.

Para concluir esse libelo acusatório feito pelos defensores da intervenção mínima contra o ideal ressocializador, o Professor *Cervini* realça a potencialidade criminalizante do meio carcerário, que condiciona futuras carreiras criminais (fenômeno de contágio), os efeitos da estigmatização, a transferência de penas e outras características próprias de toda a instituição como fatores que inibem qualquer possibilidade de tratamento eficaz. As próprias cifras da reincidência seriam por si só eloquentes. A seu ver, “a revisão realista de nossos códigos sobrecarregados, sob perspectiva da intervenção mínima, seguramente servirá para mitigar os efeitos do problema muito mais profundos”.

7. Metas descriminalizadoras. Princípio da intervenção mínima

Nesse contexto, contra a opinião daqueles que, por motivos ideológicos extremados, defendem, de um lado, maior repressão do sistema e até a pena de morte e, de outro, manifestam-se radicalmente contra o sistema penal, a ponto de pretender sua abolição, o que certamente levaria ao anarquismo total, o movimento descriminalizador preconiza medidas baseadas no Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal, dos quais relaciono resumidamente as mais importantes e aproximadas do nosso sistema punitivo:

a) devem ser excluídas dos códigos penais condutas para as quais outros meios de controle e de sanção se revelam mais prontamente eficazes do que as reações penais, a exemplo dos problemas relativos à emissão de cheques, como o encerramento da conta corrente, a inscrição do emitente do cheque sem fundos em cadastro nacional de devedores;

b) não devem ser incriminalizados comportamentos que, embora nocivos, ultrapassem, por sua natureza, a norma penal, como os delitos contra a assistência familiar (abandono material — art. 244 e intelectual — art. 246) e entrega do filho menor a pessoa inidônea — art. 245, para os quais a perda do pátrio poder parece ser instrumento mais idôneo do que a sanção penal;

c) devem ser afastados fatos delituosos gerados exclusivamente na ordem moral, filosófica e religiosa de setores da comunidade, dos quais são tidos como exemplos crimes de lenocínio: mediação para servir a lascívia de outrem (art. 277), favorecimento da prostituição (art. 288), casa de prostituição (art. 229) e rufianismo (art. 230); o argumento decisivo é o de que em muitas sociedades é possível observar a aceitação da prostituição por parte da polícia e de juizes, pois a perseguição e as prisões, raramente realizadas, servem apenas para manter intacta a fachada da moralidade política; o crime de adultério é hoje apontado como expressão de moralidade masculina contra a mulher;

d) devem ser descriminalizados delitos sem vítimas ou aqueles em que é completa a ausência de sentimento de perda por parte da vítima, como destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia — art. 163, quando tais condutas acarretarem danos de pequeno valor e cuja ação penal depender de queixa;

e) devem ser excluídos fatos que evidenciam a chamada “criminalidade de bagatela” ou delincoados pela teoria da insignificância, nos quais a ofensa a bem jurídico tutelado é de reduzida significação ou de inexpressiva lesividade, quando não demonstrarem ser meio de vida ou estarem ligados seus autores a alguma organização criminosa, a exemplo de pequenos furtos ou de descaminho, em que a apreensão de objetos de reduzido valor é suficiente para reprovar e prevenir tal conduta.

Na ordem moral, além do adultério, outros tipos de comportamento que a nova tendência descriminalizante aconselha a excluir dos códigos, referem-se à prostituição, comercialização da pornografia e algumas formas de obscenidade, bem como a idade do consentimento juridicamente relevante para as relações heterossexuais. No entender dos novos criminólogos, a missão do Direito Penal há de restringir-se a preservar a ordem moral relativa à proteção da juventude e à intimidade das pessoas. Os demais comportamentos, tidos como imorais, não conteriam previsão no direito sancionador.

Esses e outros fatos tipificados como crimes merecem ser revistos dentro de prudente critério descriminalizador, a fim de eliminar tipos penais de escassa danosidade social, para os quais já existe ou deve ser buscada fora do âmbito penal legislação que estabeleça medidas alternativas para proibir ou inibir tais condutas. Em síntese, nessas hipóteses, pressuposto fundamental é o de que a repressão faz o delinqüente e as leis criminais, os criminosos.

8. Despenalização e diversificação

Ao lado da política de descriminalização progressiva e substitutiva, que contribui, segundo tais penalistas, para diminuir a sobrecarga do sistema penal ou os

encargos da polícia, há os critérios de despenalização e diversificação. Descriminalizar, neologismo não dicionarizado, significa, como vimos, excluir do Direito Penal, formalmente ou de fato, condutas não graves, que deixam de ser delitivas. Despenalizar é o ato de diminuir a pena, sem descriminalizar o delito, ou seja, sem retirar do fato o caráter de ilícito penal. Diversificar consiste em suspender o processo penal para que as partes diretamente envolvidas no conflito possam resolvê-lo, com ou sem ajuda de outro órgão externo. Aplicar-se-ia aos crimes de dano, conflitos ambientais, controvérsias de vizinhos, problemas familiares. Exemplo de diversificação temos na Lei n. 9.099, de 26/09/95, que dispõe sobre Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Prevê seu art. 89 que, nos crimes em que a pena mínima seja igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não por essa lei, poderá haver suspensão do processo por dois a quatro anos, a fim de que as partes tentem celebração de acordo. A despenalização, que, no dizer de *Ottenhoff* (Vasalli, 1971; 32; Canestri, 1975; 33 ss), seria a etapa mais urgente da descriminalização, alcançaria extenso e variado rol de figuras delituosas que permitem alternativas penais, das quais algumas estão em nosso Código, como penas restritivas de direito — prestação de serviços à comunidade, interdição temporária de direitos e limitação do fim de semana (art. 43), além de outras formas que podem ser utilizadas — multa reparatória, indenização à vítima, prisão domiciliar diversa da preceituada na Lei de Execução Penal, todas elas de caráter reeducativo e socializante. Dentro de salutar orientação de política criminal, a disseminação dos juizados especiais representaria avanço significativo no campo da despenalização, criados para distribuir justiça fora dos esquemas formalistas e excessivamente burocráticos.

Não se pode divergir sem fundamentos sérios desse ideário revitalizador de sistema carente de urgentes reformas. Tão grande é a magnitude do problema que o tema dominante no IX Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, realizado no Cairo, no período de 28 de abril a 8 de maio de 1995, foi a intervenção mínima do Direito Penal. Como delegado brasileiro e representante do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o Professor Damásio de Jesus, em relatório sobre o Congresso, apresentou sugestões para um programa de Direito Penal mínimo, com as seguintes sugestões, entre outras: informatização da Justiça, incremento da ação penal privada, substitutiva de hipótese de ação penal pública dependente de representação, admissão de *sursis* para penas de até três anos, descriminalização das contravenções penais e dos delitos de gravidade insignificante, possibilidade de desistência da ação penal pelo Ministério Público, extinção do recurso *ex officio*, penas alternativas, instituição de juizados especiais e formação profissional de funcionários penitenciários.

9. Crimes contra a honra

Embora não se incluam apropriadamente no tema de criminalização, porque já receberam tratamento penal que me parece inadequado, os crimes contra a honra

devem ser revistos quanto à proteção penal. É inadmissível que a honra, como um dos bens mais valiosos da pessoa, senão o maior de todos, continue a merecer juízo de valor de menor categoria do que a proteção dada pelo Código Penal ao patrimônio. A perda de um bem material, ainda que acompanhada da prática vexaminosa de violência, pode ser facilmente recomposta. O assaltante que nos retira do braço, usando da força, um relógio, pode ser condenado, por roubo, à pena mínima de quatro anos de reclusão. O assacador da honra alheia que, sabendo falsa a imputação, propala ou divulga fato definido como crime, pode ser condenado à pena máxima de dois anos de detenção, com *sursis*. E, se for reincidente no mesmo crime contra a mesma pessoa, depois de decorrido o prazo depurador de cinco anos de cumprimento do *sursis*, retorna à qualidade de primário, pela cessação dos efeitos da reincidência. Apesar dos reflexos da anterior condenação nos antecedentes, a pena máxima da segunda calúnia, propalada e divulgada, será a mesma da primeira: dois anos de detenção. Enquanto isso, mal refeita de danos irreversíveis a seu patrimônio moral, construído durante longos anos de trabalho honesto e de apego aos valores éticos, vilipendiada, vem a vítima a sofrer, profundamente, outro golpe que a lei penal considera de menor valor do que a perda de um simples relógio! Convém rever, nessa parte, o Código para que se estabeleça simetria de tratamento penal no mesmo sistema de proteção ao patrimônio e à honra, com elevação da pena máxima cominada à calúnia, à injúria e à difamação, seja qual for o meio utilizado para a prática do crime. Não é possível que a honra, na hierarquia dos bens tutelados, fique em plano inferior a outros bens. O reduzido espaço de tempo de que dispomos, aconselha brevíssima exposição acerca do tema.

10. Discriminalização e despenalização de crimes sexuais

Em relação aos crimes denominados sexuais, entendo ser necessária a revisão de algumas figuras típicas no sentido de despenalizar, ou seja, reduzir a pena, em face de transformações culturais operadas na sociedade brasileira. A liberdade sexual, hoje predominante, está longe de ser comparada aos padrões de moralidade vigentes na década de 1940, quando foi aprovado o projeto do Código Penal em vigor, em cuja Exposição de Motivos se lê:

“A vida, no nosso tempo, pelo seus costumes e pelo seu estilo, permite aos indivíduos surpreender, ainda bem não atingida a maturidade, o que antes era o grande e insondável mistério, cujo conhecimento se reservava apenas aos adultos.

Certamente, o direito penal não pode abdicar de sua função ética. para acomodar-se ao afrouxamento dos costumes, mas, no caso de que ora se trata, muito mais eficiente que ameaça da pena aos sedutores, será a retirada da tutela à moça maior de 18 (dezoito anos), que assim se fará mais cautelosa ou menos acessível.

Em abono de critério do projeto, acresce que, hoje em dia, dados os nossos costumes e formas de vida, não são raros os casos em que a mulher não é a única vítima de sedução.

Já foi dito, com acerto, que, “nos crimes sexuais, nunca o homem é tão algoz que não possa ser, também, um pouco vítima, e a mulher nem sempre é a maior e a única vítima dos seus pretendidos infortúnios sexuais” (*Filipo Mancini, Delito Sexuali*).”

Decorridos quase quarenta anos, o que dizer, agora, dos costumes sexuais? A vida sexual precoce, iniciada muitas vezes aos catorze anos de idade, torna, hoje, aquele quadro, já pincelado em 1940 como de liberdade excessiva, completamente desolador para as pessoas que ainda cultivam valores morais nesse campo. Um dos argumentos usados na Exposição de Motivos do Código de 1940 para reduzir a menoridade, em relação ao sujeito passivo da sedução aos dezoito anos, ressalta “o ilogismo em que incide a legislação vigente que, não obstante reconhecer a maioridade política e a capacidade penal aos dezoito anos completos (Constituição, art. 117, Código Penal, modificado pelo Código de Menores), continua a pressupor a imaturidade psíquica, em matéria de crimes sexuais, até aos 21 (vinte e um anos)”.

Alcançada, hoje, a maioridade política aos dezesseis anos, as mesmas razões justificam o término da menoridade penal nessa idade. Não é só o conhecimento precoce dos fatos, facilitado pelos meios de comunicação, a exemplo de novelas na televisão e de revistas pornográficas, mas a própria experiência da vida sexual entre adolescentes que aconselha redução de penas para alguns dos crimes sexuais. Quem não sabe ser, agora, a sedução ato bilateral? Quem, em verdade, é sedutor ou seduzido? Não se pode generalizar conclusões. Moças recatadas e adolescentes de boa formação existem em muitas famílias. Nesse tema, costuma-se dizer que cada caso é um caso, mas até a ficção legal da violência, em relação a adolescentes, baseada em presumida inocência, além da irrelevância jurídica de seu consentimento, tende a tornar-se um mito, mormente quando já estiverem corrompidas, a exemplo de meninas de rua, mercenárias do sexo, para as quais a proteção penal não existe. De outra parte, crimes sexuais praticados com violência real, que provocam indignação pública, como consequência de comportamentos desumanos e cruéis, sequer animalíscos, pois inexistentes entre seres irracionais, merecem sanção rigorosa.

11. Crimes econômicos, financeiros e fiscais

A intervenção criminal que se pretende ampliar, até com o agravamento das penas, contra os criminosos econômicos é olhada com certa preocupação no processo criminalizador. Nos dias atuais, os crimes integrantes da macrocriminalidade econômico-financeira e fiscal, pela repercussão que causam na opinião pública e nos meios de comunicação, estimulam a reação do arsenal de sanções do Direito Punitivo. A advertência que se faz, entretanto, é a de que os meios repressivos não

devem consistir, apenas, em medidas penais. Os autores desses delitos — banqueiros, empresários, altos executivos — são, na maioria dos casos, indivíduos plenamente integrados ao meio social, mas astuciosos. Submetê-los a penas privativas da liberdade, mormente as de longa duração, em regime fechado, nenhum proveito traria para a sociedade. Estarão sujeitos à contaminação carcerária, no ambiente dos presídios em que predomina a degradação do ser humano. A pena provocaria efeito inverso — dessocialização com todos os males decorrentes do regime prisional. Penas cumulativas com a prisão em regime de não confinamento, como pesadas multas, interdição de atividades, restrição de direitos, reparação dos danos causados, indisponibilidade dos bens, a par da utilização de ações cautelares para arresto e seqüestro de bens, teriam maior eficácia repressiva. Como medida de Política Criminal, tal estratégia, no entender de modernos penalistas, representa melhor instrumento de combate a esse tipo de criminalidade.

Valc observar que os processos de descriminalização e despenalização devem levar em conta as peculiaridades de cada país, sua cultura e seus valores sociais, econômicos e políticos.

12. Reforma atual no Brasil

Em nosso País, o movimento de modernização das leis penais resultou na criação de grupo de estudos pelo Ministério da Justiça, para elaborar as modificações necessárias no Código Penal. O perfil que se traça dessa reforma, a ser feita por etapas, indica tratamento mais severo aos crimes de especial gravidade, nos quais predomina a violência, bem como o combate aos “crimes de ação astuciosa”, abrangentes dos delitos financeiros e econômicos, crimes do colarinho branco, além de furto, estelionato, apropriação indébita e dos crimes contra a Administração Pública, como revela membro dessa Comissão, o Ministro Assis Toledo, do Superior Tribunal de Justiça, em artigo publicado em *Justiça Penal*, Editora Revista dos Tribunais, pp. 200 a 204. A intervenção do Estado dar-se-á, portanto, com elevação de penas para crimes violentos, e, na criminalidade astuciosa, praticada com artimanhas, engodo, falsificações, esperteza e outras fraudes, a pena privativa da liberdade é reservada aos casos mais graves, com sanções ou penas alternativas para os de menor gravidade.

13. Objeções à descriminalização

Como todo movimento renovador encontra opositores, os obstáculos antepostos aos processos de descriminalização são sistematizados pelo Professor *Cervini* em dois tipos:

- a) fatores sociais;
- b) fatores legais e de política criminal.

Por necessidade de síntese, apontaremos os fatores sociais mais importantes:

a) recusa do Poder Judiciário em assumir a tarefa de promover adaptação das leis às mudanças operadas na sociedade e a realidade que exige melhor funcionamento do sistema penal, diante da omissão do Poder Legislativo; b) o medo de que a descriminalização possa incentivar a prática de comportamentos descriminalizados; c) as pressões da opinião pública, formada pelos meios de comunicação, que não só procedem ao “manejo sensacionalista e folhetinesco da página policial, com propósito lucrativo, como criam a ilusão de que o rigor do sistema penal punitivo é eficaz”; d) perigo de autodefesa no sentido de que a descriminalização gera enfraquecimento ou ineficácia do sistema penal, para proteger o agrupamento social, que recorrerá a forças policiais privadas e a formas de vingança individual ou de defesa própria, e, entre nós, a criação de grupos de extermínio ou de esquadrão da morte.

As críticas decorrentes de fatores legais e de política criminal realçam a influência negativa da descriminalização sobre a prevenção geral, a possibilidade de efeitos secundários negativos sobre delitos de maior gravidade, relacionados com as condutas descriminalizadas, o risco potencial de diminuição dos “efeitos preventivos gerais existentes” e a mentalidade tradicional repressiva.

De todo o exposto resulta a indagação: incriminalizar, inclusive com agravamento de penas, ou descriminalizar com risco de diminuir a prevenção geral dos crimes? O dilema é, apenas, aparente. O excesso de criminalização de algumas condutas reprováveis, com penas de longa duração, não é o melhor meio de combater a criminalidade. Provoca a ineficiência do aparelho policial e do Judiciário, superlota os presídios, já congestionados, e tem pouca eficácia na regeneração do criminoso. De outra parte, reduzir ao mínimo o elenco dos fatos puníveis, com atribuição de competência a outros órgãos, fora do sistema judicial, para resolver os conflitos, pode influenciar negativamente na prevenção do crime.

Creio que a conciliação entre a ideologia da intervenção mínima, no objetivo de descriminalizar condutas de pouca potencialidade lesiva ou aquelas que já não encontram juízo de reprovação na consciência social, e a tendência de criminalizar, com maior severidade, as condutas de especial gravidade, cuja característica principal é a violência, poderá satisfazer os anseios de renovação da Justiça Criminal brasileira. Não basta, porém, criminalizar ou agravar penas. Já se disse que a transferência para o sistema penal da solução dos males e conflitos que afligem a sociedade, é mera tentativa de não resolver nada. Sabemos todos que é impossível a eliminação das causas de criminalidade, com seus fatores endógenos e exógenos, entre os quais se acentuam questões sociais e econômicas. Atacar os efeitos pela educação e ressocialização do criminoso constitui a maior tarefa que se impõe no momento. Não devemos descrever do ideal ressocializador, que não passará de simples utopia se os meios para alcançá-los não forem postos como prioridades governamentais. A criminalidade urbana, cada vez mais crescente, geradora de insegurança, contra a qual inexistem meios legais de controle, é estimulada pelo efeito

multiplicador do sistema carcerário, que devolve à sociedade seres desagregados, inaptos à reintegração na comunidade social, e cuja motivação de vida continuarão sendo os malefícios da marginalidade. É urgente a conscientização de que investimentos públicos para total reformulação do sistema são tão importantes quanto a saúde e a educação.

A Lei de Execução Penal, injustamente havida como benévola, ora por ignorância de seus objetivos, ora porque se lhe deu aplicação incorreta, contém normas programáticas que, se executadas adequadamente, transformariam os presídios. Deixariam esses de ser a grande escola da criminalidade, o ambiente de todos os vícios, desde a convivência promíscua, o consumo de drogas até a ociosidade total, um de seus piores males. A assistência material ao preso, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa não é privilégio, “é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade” (art. 10). Por outro lado, prevê o “trabalho com finalidade educativa e produtiva” e manda aplicar “à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene” (art. 28, 1º).

14. Laborterapia e privatização dos presídios

Enquanto não se adotar o trabalho como fator altamente ressocializante nos presídios destinados ao cumprimento de pena no regime fechado ou no regime semi-aberto, para o qual devem existir os estabelecimentos agrícolas, industriais ou similares (art. 91), todo o movimento de renovação das leis penais brasileiras, baseado no ideal ressocializador, será inútil. As leis, principalmente as de conteúdo programático, não passam de um conjunto de intenções. Enquanto não se modificar a terrível realidade dos estabelecimentos de regime fechado, aumento de penas para crimes de especial gravidade, nada resolverá. Continuaremos a ter ali casas dos horrores, que produzem, com perdão da imagem um tanto grotesca, verdadeiros vampiros que, libertados das trevas, irão espalhar o vírus da criminalidade violenta. Não são as leis penais que se devem adequar, isoladamente, desprovidas de sua finalidade científica, ao quadro desolador da criminalidade violenta, com a imposição de penas graves a serem cumpridas na degradação moral de tais estabelecimentos. Insistir na filosofia da pena como punição, afastada de qualquer critério regenerador, é buscar a solução do leito de Procusto: ao invés de ajustar a cama ao tamanho do corpo, cortam-se os pés do corpo para ajustá-lo ao tamanho da cama.

Torna-se indispensável a destinação de recursos públicos para introduzir o trabalho nos presídios. Se a crise financeira do Estado brasileiro constitui obstáculo à transformação do sistema penitenciário, não percamos tempo em discussões estêreis acerca da privatização dos presídios. O principal argumento oposto a esse desiderato tenta demonstrar que o recluso estaria condenado, também, a trabalhos forçados ou ser o tratamento ressocializador incompatível com a idéia de lucro da atividade privada. Parece-me desprovido de fundamentos sólidos. Em primeiro lugar, o trabalho é condição de dignidade humana, como define a Lei de Execução

Penal (art. 28). Já se disse, entre os marxistas, que quem não trabalha, não come. Não estaríamos, todos nós, condenados a trabalhar desde o pecado original do Éden? Segundo, é pelo trabalho que o sentenciado que cumpre pena no regime fechado e no semi-aberto (não em regime aberto), pode remir parte do tempo da condenação (LEP, arts. 126 a 129). Terceiro, “o trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social” (CP, art. 39), o que lhe permitirá a constituição de pecúlio e assistência à família, pois aquela remuneração não pode ser inferior a três quartos do salário mínimo. Quarto, o trabalho seria também profissionalizante. Quinto, a laborterapia ou terapia ocupacional amolda-se ao sentido regenerador da pena. Sexto, os reclusos refratários ao trabalho permaneceriam no isolamento da cela. Sétimo, o sistema de co-gestão entre o Estado e a iniciativa privada não constituiria empecilho ao tratamento ressocializante, com o acompanhamento e supervisão de pessoal devidamente habilitado.

A questão prioritária não reside em maior rigor da punição, como medida de política criminal adotada sem a visão integral do sistema. Prevalência da cura de doente acometido de moléstia grave não está no diagnóstico, mas na cirurgia recomendada. Retirar simplesmente o criminoso, por algum tempo, da convivência social, para a qual voltará sob estigma da rejeição e em piores condições, será medida suficiente para a prevenção do crime? Não! O objetivo principal da punição é recuperar ou, pelo menos, tentar ressocializar o criminoso, em estabelecimento devidamente preparado para executar a pena. Só assim a Justiça Criminal terá alcançado sua nobre e difícil missão. Nossa maior aspiração é a reconquista da tão sonhada paz social.

Bibliografia

Cervini, Raul. *Os Processos de Descriminalização*, Editora Revista dos Tribunais.

Justiça Penal, O Crime Organizado (Itália e Brasil). *A Modernização da Lei Penal*, Editora Revista dos Tribunais.